

# 知识产权二十问\*

张 勤

**内容提要：**大凡认真做过科学研究的人都同意，准确地发现和提出问题是成功解决问题的关键，其在科学研究中所占的比重可达一半。可见，发现和提出问题非常重要。对知识产权的研究亦同此理。事实上，由于我国的知识产权制度是从西方移植过来的，我们对其基本原理很难说已真正理解。而对我国的知识产权学者和官员们发问，尤其是对一些人们自以为不是问题的事物发问，则是引导我们深入思考潜藏于现行知识产权制度中的基本理论的有效方法，这样才能引导我们追根溯源，了解这些早已普遍施行的规则背后的真实缘由。也只有深刻和准确地揭示现行制度尚存的问题，才能有效地解决这些问题。

**关键词：**知识产权 版权 专利 侵权

## 一、Gurry的两张地图

现任世界知识产权组织（WIPO）总干事Francise Gurry（高锐）博士是2008年当选的。据说他在当副总干事期间，曾用两张地图质疑发展中国家对知识产权的弱保护。一张是关于石油生产和消费的，另一张是关于知识创造和使用的。关于石油的地图显示：产油国主要是发展中国家，消费国主要是发达国家。显然，发达国家每年要花巨资购买发展中国家的石油。关于知识创造和使用的地图显示：发达国家是主要的知识创造国（这从发达国家专利申请数量的绝对优势即可看出），而发展中国家对知识产权的弱保护则意味着免费使用发达国家创造的知识。于是他问：既然发达国家花巨资购买发展中国家的石油，为什么发展中国家不对使用发达国家创造的

知识付费呢？他的这两张地图似乎向人们暗示：发展中国家对知识产权采取弱保护的态度是不公平、因而也是不道德的。笔者的问题是：Gurry的质疑果真成立吗？如果成立，则发展中国家（当然也包括中国<sup>①</sup>）就处于道德劣势；如果不成立，如何解释他的这两张地图？

## 二、美国NBC和版权界的质疑

2009年3月，笔者曾应邀率领中国政府知识产权代表团访问美国，第一站是纽约，也是美国NBC电视台的总部所在地。众所周知，NBC买断了2008年中国奥运会开幕式在美国的转播权，中国政府承诺保护NBC的版权。由于美国与中国的时差大约为12小时，NBC在开幕式结束后12小时才在美国播放北京奥运会开幕式的盛况。此前，

---

**作者简介：**张勤，中国科学技术协会常委、书记处书记，中国知识产权研究会常务副理事长、学术顾问委员会主任委员，清华大学核能技术设计研究院双聘教授，北京航空航天大学计算机学院博士生导师，厦门大学知识产权研究院博士生导师。

本文得到国家社科基金特别委托项目资助。课题号：08@ZH003。

\*对于“知识产权二十问”，笔者已有自己的答案，但并不急于给出这些答案，以便读者有充分的时间和空间来自由思考和讨论这些问题。笔者的见解也未必就正确，拟择机在其它文章中就教于读者。

① 尽管中国目前专利和商标的申请量已位居世界前列，但究其质量或实际形成的市场价值而言，与发达国家还存在巨大差距。

美国观众很难从其它渠道观看到，这是中国政府保护知识产权的成效。NBC主管知识产权的副总裁在肯定中国政府工作成效的同时，也向代表团提问：为什么转播奥运会开幕式的知识产权可以得到中国政府的有效保护<sup>②</sup>，而美国的其它版权作品（例如软件 and 好莱坞大片或电视）在中国却得不到如此有效的保护？事实证明，中国政府对美国在华知识产权保护乏力的原因并不是中国实施知识产权制度的历史短暂、能力不足，而是缺乏保护美国在华知识产权的诚意。同样的问题在华盛顿和洛杉矶也被美方提出。特别是洛杉矶美国版权保护协会更是尖锐地提出了这一问题。那么，究竟是中国政府缺乏保护美国在华知识产权的诚意，还是缺乏能力，抑或别有其他原因？

### 三、加强知识产权保护是要面子、丢银子？

2005年，商务部曾举办过为期一周的全国省部级领导干部知识产权保护培训班。讨论中，有学员认为：在国外知识产权强于我国的形势下，加强知识产权保护是要面子、丢银子。言外之意是面子虽然重要，但银子更重要。不要为了面子，丢了银子。另一种说法是：知识产权侵权是臭豆腐，闻起来臭，吃起来香。笔者的问题是：我们加强知识产权保护（这已作为战略重点之一写入《国家知识产权战略纲要》）真的是要了面子、丢了银子吗？或者我们真应该为了面子而丢银子吗？

### 四、自主创新成果产业化违法？

2004年，笔者曾专程考察国内一家生产铌钽电容材料的高科技企业，原因是该企业自主创新开发的新一代材料面临国外竞争对手在中国的专利封堵，在新一轮技术竞争洗牌的过程中，这家企业很有可能被淘汰出局。该企业的董事长是一位院士，带领着一支优秀的技术团队。但当开发出这种新材料、并投入巨资建立了生产线、产品质量和价格被国际上的买家认可并准备购买时，问题出现了：该买家要求中国企业出具不侵犯他人知识产权的证明，且一旦出现侵权，要中国企业承担全部责任。于是这家中国企业进行了专利

调查，发现该新材料从产品专利到生产工艺专利都被国外竞争对手抢先申请了。其中许多尚处在审批过程中，另一些可能仍处于18个月法定保密期中，但依法均难以驳回。也就是说，该企业自主研发的新产品已被竞争对手全面封杀，其投资和智力劳动很可能血本无归。类似的情况在我国并不鲜见。例如我国某研究所历时四年、投资2500万元研发成功的烟气脱硫技术，由于国外专利申请在先而无法产业化，否则即侵权。这些事例引发了一个问题：自主创新的成果产业化违法？

### 五、专利“圈地”的正当性

众所周知，专利侵权与否的依据是各国普遍颁布和施行的专利法。依据专利法，国家将一种新技术的排他使用权授予在先申请或发明专利技术的人。这就是我们常说的专利“圈地”。所谓“圈地”，就是利用申请或发明在先的专利，在该技术领域画地为牢，将其变成自家的领地，他人未经许可，不得入内。即使获得许可，通常也要留下巨额买路钱，否则将面临法律的制裁。笔者的问题是：这种“圈地”的正当性何在？

有人认为，知识产权的竞争是公平竞争。无论知识产权法律制度如何规定，只要对任何人都一视同仁，就是公平合理的。果真如此吗？笔者在接受英国《知识产权管理》杂志采访时<sup>③</sup>，曾提到由于发达国家具有先发优势，包括教育条件、科研条件、经济实力、语言等优势，通常能够早于发展中国家申请专利。这些专利技术通常是离我们最近的、最容易取得的、并且是市场最需要和最容易获取经济利益的科研成果。在此前提下，发达国家的科研人员邀请发展中国家的科研人员同台竞争，并称这种竞争是公平竞争。这样的竞争公平吗？这正如发达国家先期已把喜马拉雅山脚下的良田沃土都“圈地”了，并且离下一块可圈和想圈之地最近，同时已圈之地都要收过路钱（过期但同时绝大多数也过时的专利技术除外），却邀请发展中国家共同攀登珠穆朗玛峰，称此为公平竞争。请问，这样的竞争公平吗？在此条件下，发展中国家的出路何在？参与攀登珠穆朗玛峰的“公平”竞争？

<sup>②</sup> 互联网或卫星电视均看不到。

<sup>③</sup> 参见年英国《知识产权管理》2007年第3期，第27～29页。

## 六、侵权就是搭便车?

一些(多数在发达国家)知识产权“专家”或政府官员常将侵犯他人知识产权称为“搭便车”(free ride)。当然,自己不付出代价而通过仿制他人产品或拷贝他人劳动成果而获利的行为的确是搭便车。但问题是:侵权都是搭便车吗?以上述铌钽电容材料生产企业为例,他们自主研发的成果如果产业化,显然侵犯了他人在先申请并获得授权的知识产权,但这是搭便车吗?

## 七、搭便车就是盗窃?

退一步看,即便是搭便车,难道就等同于盗窃他人财产?我们常常听发达国家的一些知识产权“专家”们教诲:盗窃他人的汽车是小偷,盗窃他人的智力成果也是小偷,都应当受到同样的惩罚。我国在与美国进行加入世贸组织谈判的过程中,美方称:“我们在与小偷国家的代表谈判”。我方当即回敬:“我们在与强盗国家的代表谈判”<sup>④</sup>。表面上,双方平分秋色,实际上并非如此。因为美国是强盗不假,但那主要是指过去<sup>⑤</sup>;说中国是小偷却是现在(指中国不付出代价就使用美国和其它国家的智力成果)。问题是:中国是小偷吗?不可否认,当前中国的确存在许多搭便车的行为。但搭便车就是小偷吗?如果是,为什么各国不将所有搭便车的行为都绳之以法<sup>⑥</sup>?事实上,如果他人的某项发明未在中国申请专利,中国的企业就可以堂而皇之地在中国免费使用他人的该项发明牟利(搭便车),不受法律制裁;同样,中国每年有大量专利技术未到国外申请专利(2008年,我国国内专利申请量为72万件,但通过国际专利条约PCT申请国外专利的仅6000多件,真正进入外国的就更少了),外国人也可以堂而皇之地在国外免费使用中国的这些技术牟利,不受法律制裁;进一步看,如果技术发明人没有在任何国家申请专利,任何人都可以在任何地方免费使用该项技术牟利,不受法律制裁;更进一步看,即使授予了专利权,一旦权利到期或欠费失效,任何企业也都可以免费使用

该项曾经获得专利权保护的技术牟利。简言之,上述四种情况都是搭便车,因为都是不劳而获使用他人技术牟利,但都是法律允许的。与之对照,盗窃却无论何时何地都要受到法律的制裁。那么,搭便车和盗窃能画等号吗?或者说,什么样的搭便车是盗窃<sup>⑦</sup>?

## 八、与“先进”的知识产权制度接轨?

有人认为,近代西方国家之所以发达,是因为他们建立了先进的知识产权制度。中国要想追赶,就应当向西方国家学习,向他们的先进知识产权制度看齐,改进我国的知识产权制度,使之与西方国家的制度接轨。笔者的问题是:知识产权制度有先进与落后之分吗?如果有,为什么我们不一步到位,照抄西方国家先进的知识产权制度?是因为我们现在能力有限,做不到?如果是,那么是什么能力有限?法院审判能力?专利和商标审查能力?还是信息化办公能力?据笔者所知,我国31个省都有终审知识产权案件的高级法院,每个法院都有审理知识产权案件的审判庭。根据英国知识产权协会主席伊恩·哈维的估计,我国审理知识产权案件的平均时间为12~14个月,而美国为3~5年,我国审理技术类复杂知识产权案件的花费约为6~12万美元,美国约为500万美元<sup>⑧</sup>。美国专利商标局有10000多名工作人员,我国知识产权局及其直属单位有9000多名工作人员,商标局和商标评审委员会还有数百名工作人员。我国的专利审查已经全部实现了无纸化。专利检索系统使用的是欧洲专利局的EPOQUE系统和我们自己的系统以及其它系统,审查质量不逊于美国。我国知识产权局是世界公认的大局之一。我国各级地方政府还设有地方知识产权局、商标局(工商局)和版权局等知识产权机构。可见,我国实施知识产权制度的硬件条件总体上并不逊色于西方“先进”国家。

有人认为,我国尚不能采用西方“先进”知识产权制度的原因是我国社会公众的知识产权意识太差,侵权现象太多,法不责众。其原因是

④ 例如1900年美国参与八国联军烧杀奸淫和抢掠中国首都北京(包括故宫和颐和园等)的强盗罪行。参见百度网站<http://baike.baidu.com/view/8712.htm#7>, 2011年2月19日。

⑤ 现在美国采取适量宽松的货币政策大量发行美钞,实际上也是一种利用美元国际货币的地位强行掠夺他国的行为。中国首当其冲。

⑥ 各国乡间至今普遍存在搭便车的习俗,没有人认为这是一种盗窃行为,包括车主。

⑦ 通常盗窃被作为刑事犯罪处理。

⑧ <http://www.chinadialogue.cn/>, 2009年2月。



我国实施知识产权制度的历史太短,我国的传统文化中没有知识产权价值观。但仔细考察不难发现,社会公众的意识差并不能成为采用“落后”知识产权制度的理由。恰好相反,只有采用“先进”的知识产权制度,才能有效提升社会公众的知识产权意识,促使我国早日进入先进国家的行列。前面已经说过,我国并不缺乏实施“先进”知识产权制度的硬件条件,而观念在利益面前是很容易转变的。

其实,法不责众昭示的是这个“先进”的法律制度至少在当前并不利于我国多数人的利益。既不利于他们的短期利益,也不利于他们的长期利益。如果只是不利于短期利益而有利于长期利益,则社会公众是不会坚持反对实施这样的对自己有好处的制度的。可见,原因在于西方“先进”的知识产权制度不利于我国的国家整体利益,至少目前在一定程度上是这样。而一个不利于国家整体利益的制度是先进的吗?

再看看美国知识产权制度发展的历史。在其建国之初,美国的国父们就设计了知识产权法律制度,并且将其载入美国宪法。但当时美国的法律制度只保护美国人的知识产权,不保护外国人的。所以当时美国知识产权保护状况在先进的欧洲恶名远扬。欧洲出版的书籍通常在扉页上会写上“此书不在美国发售”,原因就是美国不保护外国人的知识产权。其后,随着美国科技和经济实力逐步增强,开始修改法律保护外国人在美国的知识产权,但外国人获得知识产权的成本(例如专利审查和维持费用)是美国人的10倍。到现在,美国已成为世界上最先进的国家,实施了严格保护知识产权的制度,并要求全世界也照此来做。那么,美国现在实施的知识产权制度是否比其建国之初更“先进”呢?如果时光倒流200年,美国人还会实施现在所施行的“先进”的知识产权制度吗?反思我国,我们究竟应当以什么为参照系来构建我国的知识产权制度?以西方“先进”的知识产权制度为参照系全盘照搬?部分看齐?量力而行?还是满足国家需求?知识产权制度是否可以用先进和落后来划分?是否存在“与先进接轨”的问题?

## 九、知识产权弱保护是享受发达国家的施舍?

《TRIPS协议》(与贸易有关的知识产权协议)中规定了发展中国家可以实行低于发达国家的知识产权保护标准或为发展中国家留下了较大的保护强度的灵活性空间(为方便起见,以下简称弱保护)。我国同美国谈判加入世贸组织的内容之一就是我国应当以发展中国家的身份加入《TRIPS协议》,从而可以享受发展中国家的“过渡期优惠”。显然,较弱的保护标准对发展中国家更有利。但问题是,发展中国家凭什么要求实行弱保护?难道就因为发展中国家贫穷落后、想要免费使用发达国家的知识产品?反之,发达国家之所以同意发展中国家实行弱保护标准,是为了照顾弱者,给予施舍?显然,施舍者与被施舍者的地位是不平等的。作为采用弱保护标准的国家,发展中国家是否应当向发达国家道谢?

## 十、国际知识产权规则是人类道德规范的体现?

作为国际知识产权规则的代表作,《TRIPS协议》是依据什么原则制定的?是依据人类共同的道德规范?是保障智慧财产创造者天赋人权的需要?如果是,其逻辑结果就是这种保障应当越强越好。换言之,采用弱保护标准就是降低了遵守人类共同道德规范的要求。那么我们是否应当尽可能提高对国内外知识产权的保护强度,以尽可能提高我们的道德水平?这是发展中国家知识产权制度的当然选项吗?此外,《TRIPS协议》是WTO的三大支柱(货物贸易、服务贸易、技术贸易)的重要文件之一,我国作为WTO的成员国,当然要受到《TRIPS协议》的约束。几年前,美国政府把我国政府告上了WTO法庭,我国政府部分败诉<sup>⑨</sup>。但《TRIPS协议》中也为发展中国家留有大量灵活性空间。也就是说,在《TRIPS协议》的框架内,我国仍有不少空间可以回旋。但我国政府对《TRIPS协议》中的灵活性条款很少研究,即使在制定国家知识产权战略的过程中,

<sup>⑨</sup> 美国政府告我国政府的诉求主要有三项:1.我国用刑法来打击知识产权侵权的力度不够;2.我国的著作权法不保护非法作品的版权,违反了国际上关于版权保护的有关规定;3.我国海关扣押的侵权物品没有被全部销毁,而是去掉侵权标志后进行拍卖,违反了WTO的有关规定。WTO裁判的结果是我国政府在第1项上胜诉,在第2和第3项上败诉。

这种研究也很缺乏,似乎《TRIPS协议》代表国际知识产权规则,而国际知识产权规则是神圣的,任何钻其条文空子的行为都是不正当的。真是这样吗?《TRIPS协议》等国际知识产权规则究竟是人类的道德规范,还是各国之间的利益交易?美国前商务部部长古铁雷斯认为侵犯知识产权就是犯罪,并反对将保护外国知识产权与贸易自由化挂钩,是否合理?

### 十一、国家知识产权权力机关为谁服务?

我国立法机关的知识产权立法权究竟来自何处?根据什么来评判和构建我国的知识产权法律制度?知识产权制度究竟是增进国家整体利益的制度工具,还是对人类正义、道德或天赋人权的认同或回归?就政府部门来说,以专利审查工作为例,国家知识产权局的直接服务对象显然主要是国内外专利申请人和代理人。那么国家设立知识产权局开展专利审批工作的目的就是为他们服务同时也收取相应的服务费吗?国家知识产权局专利审批的授权究竟来自人类的道德规范,还是来自中国人民的授权?其审查工作究竟是“替天行道”还是从整体上维护国家的根本利益?

### 十二、中国古代发明为何没有直接给中国带来财富?

众所周知,中国是一个具有数千年灿烂历史的文明古国。我国的“四大发明”对改变世界、促进人类社会进步做出了巨大贡献。其实,我国对世界科技发展的贡献远不止“四大发明”。根据英国学者李约瑟及其同事们的研究,中国从秦朝到明朝的大约1800年间,一直处于世界最强国的地位,包括在技术上遥遥领先于西方。在人类进入现代社会所依赖的300项重要发明中,中国占175项。这些技术包括铁铧犁、插秧技术、马镫、马拉车的驾具,等等<sup>⑩</sup>。许多技术在经历了1000多年后才传到西方,为西方生产力的发展做出了重大贡献。同样,中国生产的丝绸、瓷器、茶叶等也深受西方国家青睐。笔者的问题是:为什么中国古代这么多的技术发明并没有直接给中国带来财富(利用这些技术生产产品而带来财富是另一回事),而丝绸、瓷器、茶叶等物品却沿

着陆上和海上丝绸之路源源不断地给中国带来财富?如果说技术未给中国带来财富是因为当时的世界各国尚未建立现代知识产权制度,那么当时的世界各国也没有制定现代物权法,郑和七下西洋与沿途各国进行贸易时事先并不知道各国有任何法律,甚至可能连语言也不通,却并不妨碍贸易的正常进行。可见,有没有法律并不是导致两者财产属性不同的根本原因。那么,究竟两者在本质上有什么不同,从而导致如此重大的差别呢?

### 十三、各国的知识产权制度为何大不相同?

即使以现代知识产权制度而论,不同国家的知识产权法律制度也有很大差别。例如中国在第二次《专利法》修改之前,实用新型和外观设计专利的保护期限最长为8年,而美国为10年;直到不久前为止,美国专利申请实行的是在先发明制,而我国和其他许多国家实行的是在先申请制;美国的专利法可以保护纯商业方法,但在中国和欧洲却不可以;中国的《专利法》在第三次修改之前,没有Bolar例外的规定(即仿制药的临床试验可以在专利权到期前免费使用专利技术),而美国有;《专利法》第三次修改后,我国引入了Bolar例外,但却没有引入美国关于药品专利可以延长保护期5~7年和临床数据保密的规定;日本和中国有实用新型(utility model,中国将其归入专利的一类),但美国 and 印度却没有;中国的版权保护期是作者有生之年加死后50年,而美国是死后70年;美国的版权必须到国会图书馆进行登记才获得保护,而中国 and 世界上大多数国家的规定是自作品创作完成之日起自动获得版权保护;30年前,中国尚未真正建立 and 实施知识产权制度,而其他很多国家(包括印度等发展中国家)却早已建立并实施了知识产权制度。凡此种种,不一而足。相比之下,世界各国对物权的保护却大同小异。例如,我们并不担心自己的行李在美国是否受到法律保护(被禁止的特殊物品除外),因为这些东西在任何国家都受法律保护,甚至在该国的成文法诞生之前就天然地受到保护,否则丝绸之路和茶马古道上的商人就无法在沿途各国做买卖。事实上,中国

<sup>⑩</sup> 参见吴可忻:《创新思考》,科学出版社2006年版。

的《物权法》是2007年才通过的,但这并不意味着中国保护物权的历史自那时才有(保护有形财产自古即有,甚至早于法律的诞生,世界各国皆然)。而知识产权制度却相反。例如,在美国授权的专利只在美国有效,除非得到中国政府授权,否则在中国无效。反之亦然。那么,相对于各国物权制度的近似(几乎没有地域性)来说,为什么各国的知识产权制度会如此不同(有很强的地域性)呢?

#### 十四、知识产权的保护期限根据什么确定?

为什么发明专利可以有18个月的保密期,而不是15个月,也不是20个月,或干脆没有?为什么在他国申请专利后只要尚未公开,则一年之内仍可在我国申请专利(他国亦然)?为什么超过一年就不行了,即使其仍未公开?为什么一旦公开,即使尚在一年之内,也不能再到别国申请专利,除非通过PCT<sup>①</sup>或其它特殊途径?为什么发明专利的最长保护期限是20年,而不是15年、或30年、或50年?为什么我国不像美国那样允许药品专利可延长5~7年?为什么我国的版权保护期是作者有生之年加死后50年、而不是30年、也不是70年?为什么商标要以10年而不是5年或15年为期重新登记并可无限续展?这些问题也许在西方发达国家早就被认真研究过,并在实践中逐渐形成了结论。但在我国,似乎很少有人认真思考和回答这些问题,更少有人认真分析:这些从西方舶来的规定是否符合我国的实际情况?我们是否需要进行某种调整?或在我国签署的各种国际条约的限制下,我国是否还有调整的空间?这个空间有多大?我们是否应当或还有机会将这个空间扩大?

需要说明的是,笔者在这里并非认为这些期限不合理、要求改变这些期限,只是认为这些期限并非天然存在。我们应当思考和研究其设定的依据,特别要考虑其是否符合我国的实际情况。当然,更要考虑我们究竟依据什么进行取舍。只有在对这些问题进行了深入的研究之后,才可能回答这些期限是否合理、以及是否应当或能否改变的问题。

<sup>①</sup> 《国际专利合作条约》。

<sup>②</sup> 就黄色光碟危害社会来说,其性质与劣质产品相同。

#### 十五、侵权产品是劣质产品?

2008年,笔者赴日内瓦参加第三次世界知识产权执法大会。会上不少发达国家代表在发言中演示了许多侵权产品导致重大公共安全事件的实景图片。例如侵权生产的汽车刹车系统失灵,导致车毁人亡、侵权生产的药品导致病人丧生、还有侵权电线导致火灾,等等。这些触目惊心的事件似乎向人们昭示:侵权产品就是劣质产品,政府应当对侵权产品进行无情打击,以保障公共安全,甚至应当动用刑法而不只是民法来打击侵权。我国还有些地方张贴广告:“加强扫黄打非,保护知识产权”。不可否认,不少侵权产品的确是劣质产品。但问题是,侵权产品都是劣质产品吗?反之,不侵权的产品就不是劣质产品吗?如何解释2009年丰田汽车刹车失灵导致美国家庭丧生、丰田汽车被大量召回的严重事件?规制劣质产品适用的是知识产权法还是与产品质量有关的法律?黄色光碟一定是侵权作品吗<sup>②</sup>?我们对其实施打击依据的是什么法律?是知识产权法吗?根据知识产权为私权的原则,政府应当动用公共资源、主动打击侵权以维护私权吗?公安机关主动打击生产和销售黄色光碟的法律依据是什么?是著作权法吗?

#### 十六、专利保护的对象是否存在客观边界?

几乎每年,国家知识产权局都要投入大量人力物力召开许多局内、国内和国际的法律学术会议,研讨可专利的对象或范围,以便制定或修改专利审查指南。我们也常常听到一些专家讲授:只有发明(invention)是可专利的,发现(discovery)是不可专利的。因为发明的事物是自然界本来不存在的,是人创造出来的,故可专利;而发现的事物是自然界本来存在的,所以不可专利。但两者的边界实际上很模糊。于是大量的人力物力被投在了如何明确或阐明发明的内涵和边界上。学术界也有许多人在研究可专利对象的判定标准。仔细思考不难发现,大多数这类研究都假设了一个前提:专利对象的边界是客观存在的,学术研究的目的是要清晰准确地勾勒



出这些客观存在的边界,以便操作。笔者的问题是:既然发现与发明都同样需要付出巨大的智力劳动和资金投入,对人们的生产和生活都会产生巨大甚至更大的影响和经济效益,特别是在科学与技术的边界日益模糊的今天,一项科学发现往往很快就被转化为现实生产力,为什么只有发明可授予专利,而发现不能授予专利?事实上,很多药用化合物被各国专利局(包括我国)授予药品专利。这些化合物本来就存在于自然界中,只是其功效或确切的分子结构或组份被新近的科学研究发现而已(例如从各种药用植物中提取出有效成分);而另一些自然界本来并不存在的技术(如疾病诊断技术)却不属于专利法保护的范畴。这显然不符合将发明还是发现作为可否专利的判别标准。那么,我们判定某项科研成果是否可专利的依据究竟是什么?我们现行划定的可专利对象的边界究竟代表的是什么?进一步问:为什么科学理论、智力活动规则、数学算法不可专利?专利的对象是否客观存在并有其确定的边界?如果专利的对象并不存在客观边界,我们每年大量投入并绞尽脑汁地从纯学术的角度研究可专利的范围还有什么意义?我们究竟应该研究什么?应该组织和资助什么样的研究?

### 十七、收取专利维持费的依据是什么?

申请专利的人都知道,在任何国家申请专利都要交纳大量的各种费用,因为专利审查员要付出劳动来审查专利申请文件,以确定其是否符合各国的专利法。授权专利还要交纳授权公告和颁发专利证书的费用。各国在专利审查和授权阶段的收费大不相同,与专利在该国的潜在市场价值无关。姑且不论这些收费是否合理,是否的确都用于支付审查成本,专利权人每年必须交纳的专利维持费却无法以专利维持成本来解释,也无法用其获得的市场价值来解释。事实上,对于各国专利局来说,某项授权专利的信息不过是静态地存储于计算机系统中,甚至存储于光盘上,其记录专利信息所产生的成本相对于维持专利的交费来说可忽略不计。那么,为什么专利权人每年要交纳大量的专利维持费(理论上,目前中国每个发明专利20年的维持费可达82300元。发达国

家还要高得多,往往使发展中国家的专利权人望而却步),且维持费的额度大体上逐年递增,而非每年相同?有人说,收取专利维持费是为了促进专利产业化。这对于限制大公司构筑过量防御型专利从而阻碍技术的应用来说确有必要,但对于热爱甚至偏执于发明的非职务发明人来说是否合理?其因申请和维持专利而致贫<sup>⑬</sup>是否咎由自取?即使是对于创新型但处于创业阶段的低收入小公司来说,其主要的财产价值也许就是专利。如果其产业化道路较长,维持专利的费用也许就成为其沉重的负担,有的也许不得不放弃维持专利。而放弃维持专利往往意味着放弃对未来市场的控制,从而丧失发展的机遇(例如丧失获得风险投资的机遇)。事实上,专利的失效和技术的公开并不都如人们所预期的那样会有许多采用该项技术或生产该技术产品的企业涌现;相反,由于失去了专利权的保护,可能没有人愿意投资产业化该项技术或产品,从而导致一项不错的发明不能造福于社会。这岂不与促进专利产业化和激励创造的宗旨相悖?

### 十八、用行政执法来保护知识产权是否合理?

《TRIPS协议》开宗明义载明知识产权是私权,即民事权利。既然是民事权利,其侵权问题的处理就适用民事诉讼法,应当按照民事纠纷的处理规则来解决:起诉方负有举证责任,要承担维权失败的风险和一定的维权成本。司法机关则按照不告不理、被动受理的原则来受理知识产权案件。然而,我国目前实行的是行政执法与司法“两条途径,协调运作”的知识产权保护模式。除法院可以受理知识产权侵权案件外,许多知识产权行政机关(知识产权局、工商行政管理局、版权局、海关和公安机关)都可以受理和主动处理知识产权案件。我国政府每年都要开展知识产权保护专项整治行动,大规模动用行政机关的公共资源打击知识产权侵权。这在西方国家很少看到<sup>⑭</sup>。那么,行政执法究竟是否普遍适用于解决知识产权侵权问题?在什么情况下适用?什么情况下不适用?依据是什么?如果行政机关采取不告不理、被动受理的原则接受当事各方的诉讼请

<sup>⑬</sup> 有人估计我国存在大约40~50万人的专利乞丐。他们因发明、申请和维持大量专利但却由于各种原因未能实现产业化而致贫、甚至妻离子散。

<sup>⑭</sup> 近来西方国家大有借鉴中国动用行政资源保护知识产权的做法的趋势,但这通常针对外国企业、尤其是中国企业。

求依法断案,行政机关的作为是行政执法行为还是法定第三方处理民事纠纷(类似于仲裁)的行为?适用民事诉讼法还是行政诉讼法?在当事人一方对行政机关的裁决不服而上诉至法院请求司法救济时,行政机关究竟是否应当作为被告且适用行政诉讼法<sup>⑮</sup>?换个角度看,作为民事案件的知识产权侵权案件是否只能到法院起诉?而到行政机关起诉是否就意味着是行政诉讼?行政机关是否应当成为被告?

### 十九、知识产权制度是激励创新的唯一途径?

许多从事知识产权工作的人(中介人员、企业知识产权专职人员、政府官员、研究人员和其他从业人员)认为知识产权制度是发明创造者获取经济独立性的权利宪章<sup>⑯</sup>。有人将此理解为没有知识产权制度,创造者就难以获得经济回报、难以激励发明创造、社会就难以进步。是这样的吗?事实上,即使在西方发达国家,制定并实施知识产权制度也不过才几百年的历史<sup>⑰</sup>,我国更是只有短短的30年。但此前世界各国一直在不断地发明创造<sup>⑱</sup>。这正是人类社会发 展至今的根本原因<sup>⑲</sup>。即使在已经建立知识产权制度的现代社会,有许多发明创造也不能获得知识产权保护。例如科学理论、疾病诊断技术等。那么,在不受知识产权法律制度保护的情况下,这些创造又是如何产生的呢?难道仅仅是发明创造者的无私奉献?政府的公共投入应当扮演什么角色?在哪些领域应当扮演主要角色?哪些发明创造应当主要采用公共投入的方式予以激励?哪些领域的创造更适用于知识产权制度的市场激励?两者的关系是什么?其判定标准是什么?

### 二十、知识产权法律制度是否应有更多的动态适应性?

应当承认,与发达国家比较,我国目前总体上还处于知识产权劣势。据统计,我国国内专利申请的权利要求平均是7项,国外来华的申请是18项;国内专利申请的说明书平均是9页,国外来华申请的说明书是29页;美国人在本国申请10件发明专利,就会在中国申请1件发明专利,而中国人在本国申请40件发明专利才在美国申请1件发明专利;中国国内商标申请量已经连续多年居世界第一,但世界驰名商标几乎为零。因此,我国在加入《TRIPS协议》时,坚持必须以发展中国家的身份加入,只承担《TRIPS协议》对发展中国家规定的保护知识产权的义务。但是,弱保护是我国应当长久采用的选项吗?或者说,采用弱保护将会长期符合我国的利益诉求吗?事实上,我国的技术创新能力正在迅速上升<sup>⑳</sup>。我国这些年知识产权的实力已大幅增强,至少在数量上已与发达国家不相上下,并仍在大幅度增长。可以预计,我国对加强知识产权保护的需求正在日益增长。再加上互联网等技术的飞速发展变化对保护知识产权提出的层出不穷的新的挑战,使得知识产权法律制度总是跟不上时代的步伐。那么,我国事实上实行的大约8年一次的知识产权法律调整周期是否符合我国的实际需要?我国知识产权法律制度的调整周期是否应当更短、或应当具有更大的动态适应性<sup>㉑</sup>,以便与时俱进、更好地适应这种连续动态的变化?

### 致 谢

本文收到并部分采纳了朱谢群和李轩的很多好的建议。在此谨表感谢。■

<sup>⑮</sup> 美国国际贸易委员会是美国商务部下面的一个行政机构,其处理知识产权侵权案件的法官被称为行政法官(administrative judge),按照类似于法院的程序(即民事诉讼程序)断案。但法官断案的结果须由国际贸易委员会投票通过后才能生效。其在处理337知识产权纠纷时,采用的是不告不理、被动受理原则。当事各方对其判决不服时,可以到联邦巡回上诉法院上诉,而国际贸易委员会不是被告,仅当事各方参与审判。

<sup>⑯</sup> 参见刘春田:《知识产权制度是创造者获取经济独立的权利宪章》,载《知识产权》2010年第6期,第18~29页。

<sup>⑰</sup> 2004年,笔者代表中国政府赴意大利威尼斯参加了世界上第一部《专利法》诞生530周年庆典。

<sup>⑱</sup> 我国的“四大发明”和“两弹一星”都是在没有知识产权制度参与的情况下诞生的。

<sup>⑲</sup> 参见笔者所撰:《知识产权客体的哲学基础》,载《知识产权》2010年第2期,第3~15页。

<sup>⑳</sup> 统计显示,目前我国在 世界 各国 发表 的科技 论文 数量 和 质量 均 排 世界 第二。

<sup>㉑</sup> 实行判例法的国家的法官可以通过判例造法,导致其法律具有更强的动态适应性。